teoria del diritto e filosofia analitica

studi in ricordo di giacomo gavazzi

a cura di
tecla mazzarese



g. giappichelli editore

VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111 – FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-348-2847-2

La pubblicazione del volume è stata finanziata in parte con i fondi di ricerca ex 60% di cui è titolare la prof. Tecla Mazzarese e in parte con il FFO assegnato al Dipartimento di Scienze Giuridiche.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Indice

pag.

Prefazione VII

Un convegno per ricordare Giacomo Gavazzi

Giacomo Gavazzi e la teoria generale del diritto. La provocazione della sobrietà stilistica e metodologica 3
di Tecla Mazzarese

Giacomo Gavazzi, teorico e filosofo del diritto 23
di Luigi Ferrajoli

Gavazzi y la coherencia de los sistemas jurídicos 39
di José Juan Moreso

Le attenuazioni del principio maggioritario nella forma di stato liberaldemocratica garantita 49
di Ernesto Bettinelli

L'onere come figura processuale 61
di Michele Taruffo

Rileggendo L'onere *di Giacomo Gavazzi* 73
di Paolo Comanducci

L'onere e i diritti della persona 85
di Alessandro Pace

Giacomo Gavazzi sulle antinomie 93
di Riccardo Guastini

pag.

Altri contributi su Giacomo Gavazzi e la sua opera

Gavazzi e il punto di vista del bad man 105
di Silvana Castignone

Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica 111
di Pierluigi Chiassoni

Diritto e morale in Giacomo Gavazzi 131
di Giorgio Danesi

I conflitti normativi e i diritti di libertà 137
di Enrico Diciotti e Mario Perini

“Il Kelsen di Gavazzi”. Ricordo d’un amico sul filo della bibliografia 157
di Mario G. Losano

La motivazione delle leggi, un nodo anzitutto teorico 167
di Claudio Luzzati

Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento 183
di Giorgio Pino

Like a Cheshire Cat 203
di Piero Pollastro

L’onere e la situazione normativa di default 215
di Stefano Vicariotto

Appendice

Aspetti della teoria del diritto di Giacomo Gavazzi 229
Un’intervista di Marco Pesaresi (inedito, 1989)

Giacomo Gavazzi. Nota bio-bibliografica 239
di Tecla Mazzarese

Le attenuazioni del principio maggioritario nella forma di stato liberaldemocratica *garantita*

Ernesto Bettinelli *

Quando nel 1981 Giacomo Gavazzi mi fece omaggio della quarta edizione della raccolta da lui introdotta di scritti di Hans Kelsen intitolata, per i "Tipi" de il Mulino, *La Democrazia* [1], con la sua naturale e un po' sorniona ironia, mi scrisse in dedica: «Leggi con attenzione e vedrai che Kelsen è d'accordo con te…, ma fino a un certo punto…».

In quel periodo mi occupavo di democrazia diretta, di referendum, di partiti politici, di rappresentanza politica e dintorni. E immancabilmente sottoponevo in anteprima alla sua attenzione i miei lavori, anche perché, data la profonda amicizia, ero sicuro della sua indulgenza. Pure Gavazzi era interessato, non solo come studioso, ma anche come cittadino, al tema dell'effettività della rappresentanza politica, della sua riconduzione pratica al principio della sovranità popolare.

Nel 1976 con Giacomo e altri amici (Vittorio Denti, Michele Taruffo, Giorgio De Nova, Franz Brunetti, Giovanni Vaccari, Claudio Bonvecchio, Alberto Majocchi) si organizzò in Collegio Ghislieri un incontro-confronto con Norberto Bobbio sul tema "Democrazia e Socialismo". Aggiungo anche che gli stessi partecipanti avevano costituito, l'anno prima, il "Gruppo di iniziativa politica e culturale 15 giugno". La data faceva riferimento alle elezioni regionali svoltesi nel 1975 che avevano lasciato immaginare (per molti di noi anche sperare in) un'evoluzione *progressiva* del sistema politico, dopo trent'anni di egemonia delle forze politiche conservatrici, imperniata sulla Democrazia cristiana [2].

---

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pavia.

[1] Il volume raccoglie importanti saggi di filosofia politica e di dottrina dello stato pubblicati (talvolta con successive revisioni) dall'Autore tra il 1922 e il 1955 e tradotti in varie lingue. Il Mulino ha curato quella in italiano in diverse edizioni. La prima risale al 1955 e la quarta, curata appunto da Gavazzi, al 1981. Il saggio certamente più significativo è *Vom Wesem und Wert der Demokratie* (1929).

[2] AA.VV. [1976]. Il volume contiene i contributi di numerosi esponenti politici e

Quel dibattito, assai animato, che fu tempestivamente pubblicato da Fulco Lanchester (allora pavese) in una rivista locale "Prospettive interdisciplinari", ruotava sostanzialmente su una domanda: se il tipo della forma di stato liberaldemocratica (che, come è noto, secondo Bobbio costituiva un modello di metodo, ma non di contenuto [3] potesse essere permeabile a un'"essenza" ben definita, per recepire impegnative istanze di giustizia sociale (diciamo pure di socialismo). Proprio la connotazione *aggiuntiva* della tradizionale e classica forma di stato liberale come *democratica* apriva scenari suggestivi, generosi, eppure incerti.

In particolare, l'irrinunciabile principio del consenso-maggioritario (certamente uno dei cardini, se non il fondamento dello stato liberale, prevalente di fatto sugli altri principi della separazione delle funzioni costituzionali, dell'autodeterminazione individuale affidata al sistema delle libertà civili e al sistema delle garanzie) assumeva un significato diffuso: la rappresentanza parlamentare poteva essere considerata *effettiva* solo se risultava in sintonia con altri luoghi di partecipazione orizzontale e decentrata dove le domande dei più erano affermate senza eccessive ed estenuanti mediazioni (dei partiti e degli stessi sindacati): i consigli di quartiere, i consigli di zona, i consigli scolastici ove misurare le condizioni di vita e ricercare vie di emancipazione (coeva è, non a caso, l'esperienza delle 150 ore rivolta anch'essa a una formazione partecipata e creativa) [4]. Questa cultura era largamente tributaria a un vivace dibattito che occupava la sinistra intellettuale francese e che proprio in quegli anni riuscì ad esprimersi nel progetto "15 tesi sull'autogestione" [5].

Un *continuum* necessario tra democrazia politica e democrazia sociale lo definiva Bobbio e Taruffo, nel suo intervento all'incontro pavese, parlava di «democrazia di controllo» [6].

Nella prospettiva di quella stagione, così lontana, l'attenzione era quasi totalmente concentrata sul rapporto tra i "rami alti" e i "rami bassi" del sistema politico istituzionale. E si diffidava degli alberi con rami troppo

---

intellettuali della sinistra riformista presentati in un convegno organizzato a Roma (aprile 1975) dalla sinistra socialista.

[3] N. Bobbio [1976, p. 21]: «Io intendo per democrazia formale un metodo, indipendentemente dai contenuti. I contenuti vengono stabiliti attraverso un metodo. Quando noi diciamo *democrazia e socialismo*, vogliamo dire che riteniamo che i contenuti del socialismo si possano attuare attraverso la democrazia». L'autore ha ribadito lo stesso concetto in più occasioni. Diffusamente: N. Bobbio [1984].

[4] E. Bettinelli, E. Renzi (eds.) [1976]. Il libro contiene gli atti del primo convegno dell'ARA (Azione e ricerca per l'alternativa) dedicato alle esperienze di democrazia diffusa.

[5] Elaborate in seno al PSF (Convenzione nazionale, Parigi 21-22 giugno 1975) si possono leggere in M. Micheli, F. Dambrosio (eds.) [1976, pp. 134 ss.].

[6] M. Taruffo [1976, p. 23]: «Mi sembra che il modello che tendenzialmente dovrebbe riprodursi – ossia quello della democrazia rappresentativa – non basti più e che ci si ponga perlomeno il problema di inventare altre forme di democrazia che forse applicheranno in tutto o in parte […] le regole della democrazia di partecipazione».

alti. I rami bassi avrebbero dovuto fungere o funzionare quali "garanzie": sentinelle del sistema democratico nel suo svolgimento concreto.

In verità, era frequente una certa confusione concettuale e terminologica tra "pesi e contrappesi" e "garanzie costituzionali". I primi, tipici della cultura politico-costituzionale nord-americana, si sono formati e si formano nella pratica della vita costituzionale sulla base di un confronto talora assai aspro tra forze e interessi sociali diversi che si contendono soprattutto lo scenario dell'opinione pubblica e l'esercizio di poteri di freno [7]. Le "garanzie costituzionali" (più congeniali alla cultura costituzionale dell'Europa continentale) si pongono come "rimedi istituzionali" con pretesa di indipendenza, imparzialità e apoliticità per sanzionare le deviazioni o gli sconfinamenti del potere politico e, in ultima analisi, dell'irruenza o enfatizzazione del principio maggioritario e dei suoi esiti [8].

Ebbene, il ruolo dei poteri di garanzia era allora assolutamente sottostimato, proprio perché la scommessa della democrazia effettiva veniva giocata soprattutto sui contrappesi della partecipazione diffusa: la democrazia di controllo, appunto. In tal modo si cercava di sciogliere il nodo tra "forma" e "sostanza" della democrazia [9].

---

[7] Fenomeno che, in qualche misura, si è esteso anche alle democrazie europee, in quanto – come osserva F. Sorrentino [1967, p. 696] – oltre all'originaria tripartizione dei poteri e delle funzioni, è emerso «un meccanismo molto più complesso, fondato su una pluralità di centri di potere statuali ed extrastatuali, i quali collaborano e si contrappongono l'uno all'altro, non in quanto a ognuno di essi sia assegnata una specifica funzione fondamentale, ma perché, anche nell'ambito delle stesse funzioni, essi si trovano in rapporto di concorrenza o di complementarità di competenza, così che le determinazioni fondamentali della pubblica autorità scaturiscono dalla cooperazione di due o più volontà».

[8] Già in Assemblea costituente fu puntualmente ipotizzata una simile evenienza nel corso delle discussioni sul conflitto di attribuzione dei poteri affidato al giudizio della Corte costituzionale: «Vi è una figura più preoccupante di conflitto tra i poteri dello Stato che è appunto l'usurpazione dei poteri, il pericolo maggiore per la stabilità e per la conservazione di una Costituzione. È dunque necessario che la Corte costituzionale, *o chi per essa*, possa dichiarare l'evento dell'usurpazione, giacché i mezzi pratici attraverso i quali si attaccano le Costituzioni possono essere le leggi, ma comunemente non sono le leggi comuni o costituzionali, ma sono proprio i colpi di stato, le usurpazioni di poteri, gli straripamenti di poteri» (O. Condorelli, Seduta, 28 novembre 1947, corsivi miei). Anche in dottrina veniva avvertita la stessa preoccupazione all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione. S. Galeotti (giurista cattolico assai moderato) dedicava uno dei suoi primi contributi a *La garanzia costituzionale*, insistendo [1950, pp. 153-154] sul rischio (da fronteggiare con *meccanismi adeguati*) delle deviazioni del potere politico (di governo) tali da produrre «atti pericolosi». E sottolineava che «la *divisione dei poteri* non è di per sé una remora contro le irregolarità costituzionali; ché, anzi, non eliminandosi per essa quella logica e necessaria priorità della funzione che si estrinseca nella posizione di norme giuridiche, rispetto alle funzioni che si rappresentano come esecuzione o applicazione del diritto, *sembra che un'attuazione rigida e meccanica del principio, lungi dall'impedirle, renda più facili le sopraffazioni e le esorbitanze contro la Costituzione*» (corsivi miei).

[9] Solidamente ancorata al principio della sovranità popolare da rendere sempre *più effettivo* secondo le dottrine invalse nel costituzionalismo post-totalitario della seconda

Nella prefazione al volume citato Gavazzi entrava nel cuore della questione, opponendosi fermamente alla scissione conformistica del pensiero (e della stessa figura) di Kelsen: quello della *Dottrina pura del diritto* e quello dell'*Essenza e valore della democrazia.*

Annota Gavazzi: «L'ingiustizia nei confronti di Kelsen fu quindi doppia: da un lato per il Kelsen della *Reine Rechtslehre* che fu letto come il santo protettore di qualsiasi sistema politico e, dall'altro, per il Kelsen teorico della democrazia, che fu sostanzialmente ignorato» [10].

La "rivisitazione" di Kelsen "tutto assieme" consente, in effetti, di individuare alcuni punti di incertezza, di dubbio intrinseco nelle riflessioni del giurista-filosofo austriaco sui limiti della democrazia, intesa come libero o, meglio, aperto terreno di coltura del principio maggioritario.

Gavazzi segnala alcuni aspetti importanti del passaggio dalla *libertà dell'anarchia alla libertà della democrazia*, prefigurato da Kelsen, il quale ammette nello stato democratico una (sia pur, auspicabilmente, minima) "discordanza" tra la volontà dell'individuo (al singolare), «punto di partenza dell'esigenza di libertà», e l'«ordine statale che si presenta all'individuo come volontà estranea» [11].

In che cosa consiste l'*ordine* statale? Quali sono o possono essere i suoi connotati, nell'ambito, ovviamente, della concezione democratica? Se la democrazia è una delle possibili tecniche di produzione delle norme (*e delle decisioni*) dell'ordinamento, le istituzioni della democrazia devono essere tutte improntate sul consenso dei più, espresso nelle forme immediate e tradizionali che conosciamo? La durata *pro-tempore* e la reversibilità-rivedibilità delle decisioni è una condizione essenziale della democrazia? Le correzioni del parlamentarismo – oggetto specifico dell'analisi di Kelsen [12] – si possono fondare solo sulla ragionevolezza di contrappesi di me-

---

metà del 1900. Tra i tanti: T. Frosini [1997]. Con riguardo all'evoluzione (auspicata) del sistema politico italiano in senso sempre più partecipato e *progressivo* assai emblematico L. Basso [1958]. Alquanto diversa e più cauta l'impostazione di H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, p. 126], nell'epoca delle prime costituzioni democratiche europee, che diffidava del concetto unitario di popolo fino a definire la teoria della sovranità popolare «una maschera totemistica». Infatti il popolo come «soggetto di potere» gli sembrava una mera finzione. Guardando alla realtà delle cose il popolo risulta «diviso da contrasti nazionali, religiosi ed economici» ed appare «piuttosto come una molteplicità di gruppi distinti che come una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione» (ivi, p. 51).

[10] G. Gavazzi [1981, pp. 11-12].

[11] In quanto per H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, pp. 43-44] la democrazia si trova nella necessità di *rinunciare* all'ideale dell'unanimità e «si accontenta delle decisioni prese a maggioranza, limitandosi ad avvicinarsi al suo ideale originario». È proprio in questa costante tensione che si realizza il *contenuto* della democrazia che è quello di «assicurare la libertà […] del maggior numero possibile di individui» (ivi, p. 46).

[12] H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, pp. 80 ss.] dedica un capitolo del suo saggio alla «Riforma del Parlamento», dove riprende e sviluppa considerazioni già svolte in contributi precedenti: H. Kelsen [1924].

todo, in virtù dei quali la democraticità (cioè maggior libertà dei cittadini) può essere aumentata (come avverrebbe con i referendum, con l'iniziativa legislativa popolare…) o può essere diminuita attraverso gli strumenti delle maggioranze qualificate e, ancora di più, con l'adozione di sistemi elettorali non proporzionali [13]?

Kelsen intravedeva in queste compressioni dei normali metodi deliberativi un'incorporazione dei principi costitutivi dei sistemi autocratici, anche se – ammetteva – in qualche misura inevitabili, se è vero che l'ordine statale è formato anche da istituzioni come l'amministrazione e la giurisdizione, organizzate in modo non democratico e, quindi, autocratico [14].

Kelsen – ma non solo Kelsen – individuava la soluzione di questa tendenziale aporia nel principio di legalità: anche gli organi appena menzionati si costituiscono nelle forme e per gli scopi previsti dalla legge. Ma il tema della legge e, più in generale, degli atti e dei comportamenti non legittimi, ancorché espressione di corpi indubitabilmente rappresentativi, non viene affrontato; o, meglio, viene accantonato.

Tanto che l'angosciosa ed estremistica domanda, "può la democrazia uccidere se stessa per onorare il principio maggioritario, manifestazione di libertà e volontà effettive?", trova probabilmente nel rigore della costruzione kelseniana una risposta positiva [15]. Conviene sul punto anche Gavazzi quando nello scritto citato osserva che «il sistema democratico è fondamentalmente incerto non nella sua essenza, ma nei suoi risultati: in definitiva è in gioco la possibile inefficienza o la scarsa efficienza dei sistemi democratici» [16].

Ma fino a che punto si può spingere questa inefficienza o scarsa efficienza? Fino all'eversione del valore della democrazia, come necessario luogo della libertà [17] e delle libertà civili, politiche e sociali che ritroviamo nei ca-

---

[13] Attraverso congegni di democrazia diretta, come il referendum propositivo e sospensivo, il popolo potrebbe esercitare «un influsso sulla volontà dello stato» o addirittura una prevalenza, in quanto, secondo H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, pp. 81-82], nel caso in cui un referendum «condannasse un progetto adottato dal Parlamento» questo dovrebbe essere sciolto perché non in consonanza con la volontà degli elettori. Anche la formazione di partiti politici disciplinati (ma solo in regime di proporzionale) potrebbe «riconciliare le masse al principio parlamentare», ovviando al grave rischio di un'assoluta *irresponsabilità* dei parlamentari.

[14] Ma contenute dal primato della legislazione, cioè dal principio di legalità garantito da «istituzioni di controllo» e, in particolare, dalla giurisdizione amministrativa: H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, p. 115].

[15] In verità, H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, p. 116] riconosce che «la democrazia senza controllo è, a lungo andare, impossibile. Essa, infatti, senza quell'autolimitazione che rappresenta il principio della legalità si autodistrugge». La sua preoccupazione è però rivolta alle possibili deviazioni del potere amministrativo rispetto a quello legislativo.

[16] G. Gavazzi [1981, p. 25].

[17] H. Kelsen [1929, trad. it. 1981, p. 141]: «La democrazia stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno, come rispetta ugualmente ogni credo politico, ogni opinione politica di cui, anzi, la volontà politica è l'espressione. Perciò la democrazia dà

taloghi delle costituzioni contemporanee e di quella italiana in particolare?

Certamente motivato (e perché no?) spaventato dagli eventi dell'ultimo ventennio della storia italiana ho maturato un pensiero diverso, risposte diverse, categorie differenti agli interrogativi "classici" che ho appena evocato. Ed ho riversato queste mie convinzioni (che nel 1975 mai avrei immaginato di esporre 36 anni dopo…) in un corso breve (tre crediti) sui "controlli costituzionali" che ho svolto nel 2010 davanti a ben quattro studenti [18] che, comunque, non mi hanno mai abbandonato.

Espongo sinteticamente le mie conclusioni.

Alla domanda se la democrazia per non contraddirsi può uccidere se stessa, rispondo decisamente di no; proprio perché – come sostiene Kelsen – l'essenza della democrazia è il suo legame indissolubile con la libertà e, preciserei, con una *volontà di libertà* che non necessita affatto di plebisciti o sondaggi quotidiani, in tempi declinanti.

La volontà che conta e che deve essere preservata, anche senza il sostegno ossessivo del principio maggioritario (che solo nella stagione giacobina è stato vissuto come predominante e assorbente degli altri principi che danno *valore* alla democrazia [19], è quella che si manifesta in sede costituente, ove si stabilisce l'ordine dello stato e, aggiungerei, della convivenza civile e politica, sulla base di *verità evidenti* (per richiamare lo spirito ingenuo dell'indipendentismo e costituzionalismo americano) che appaiono tali non in quanto rivelate da entità metafisiche o da menti illuminate, ma per il fatto che rappresentano il superamento (non di rado rivoluzionario) di situazioni di oppressione effettiva e insostenibile [20]. La percezione anche fisica e la rielaborazione di tali situazioni non è né eguale, né comune a tutte le generazioni (quelle che le hanno effettivamente sofferte e quelle dei posteri che ne hanno preso coscienza per riflesso e le ripensano sia pur con coinvolgimento e con intelligenza generosi). È soltanto la tensione prorompente delle generazioni partecipi delle rotture storiche che può *affermare* (proprio in senso letterale) in sedi costituenti la forza di quelle verità e tradurle in *dover essere giuridico* con la pretesa che prevalgano oltre il tempo vissuto e che resistano ad eventuali tentazioni regressive [21].

---

ad ogni convinzione politica la stessa possibilità di esprimersi e di cercare di conquistare l'animo degli uomini attraverso una libera concorrenza».

[18] Riverso soprattutto nelle note 26 e ss. qualche considerazione ricavata dai miei appunti per le lezioni del corso menzionato.

[19] A tal punto da indurre A. de Tocqueville [1835-1840, trad. it. 2004, p. 253] a osservare che «è nell'essenza stessa dei governi democratici che il dominio della maggioranza sia assoluto, poiché fuori della maggioranza nelle democrazie non vi è nulla che possa resistere».

[20] Su questo punto: E. Bettinelli [2006, pp. 28 ss.].

[21] In termini molto efficaci e suggestivi A. de Tocqueville [1835-1840, trad. it. 2004, p. 257] osservava: «Esiste una legge generale che è stata fatta, o perlomeno adottata non solo dalla maggioranza di questo o quel popolo, ma dalla maggioranza di tutti gli uo-

In questa dimensione la Costituzione come *Grundnorm* è tutt'altro che astratta, è tutt'altro che forma (proviamo ad esplorare gli enunciati costituzionali alla luce della realtà precostituzionale per intravedere nitidamente in essi le situazioni rimosse) [22].

Da qui deriva nella sua essenza la superiorità della Costituzione come fonte delle fonti. Ed è qui che il principio maggioritario risulta *ontologicamente* ridimensionato. Il potere politico (un potere intrinsecamente "pericoloso" lo definì Serio Galeotti nel suo saggio, già citato, *La Garanzia costituzionale* del 1950, le date contano) [23] anche quando risulta effettivamente rappresentativo è, nella democrazia, potere contingente: produce norme e decisioni limitate nel tempo e, dunque, revocabili.

Esse si confrontano con un altro tipo di norme: *quelle non limitate nel tempo* che per questa loro originaria specificità (che, ripeto, nasce dalla storia) assumono la funzione di parametri della legittimità dell'ordinamento.

Se la legalità è espressione del principio maggioritario, la legittimità ne prescinde. Questo argomento può essere collocato nel capitolo della rigidità della gran parte delle costituzioni liberaldemocratiche. Ma si corre il rischio di considerarlo semplicemente sotto un profilo procedurale, con riferimento alle diverse, più ampie, più ponderate maggioranze (cioè i contrappesi che *correggono* la regola di maggioranza) richieste per la produzione di norme che, non a caso, vengono definite *formalmente costituzionali.*

La questione è invece *solo* di sostanza: le norme che danno valore alla democrazia non sono più negoziabili, sono sottratte allo stesso principio di maggioranza.

Sono dunque eterne, immutabili? Certamente no, per il semplice fatto che nessun fenomeno umano e sociale è, per sua natura, eterno e immutabile. Le democrazie del presente con i loro valori possono essere travolte da nuove rivoluzioni o da restaurazioni reazionarie, cioè dal sopravvenire di altri, magari imprevisti, avvenimenti [24].

Una democrazia non può, tuttavia, essere travolta dal diritto legittimo. Una simile idea è affiorata anche nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente italiana. Voglio fare un solo riferimento: all'ordine del giorno Perassi, approvato il 5 settembre 1946 dalla II sottocommissione della

---

mini. *Questa legge è la giustizia*. […] Quando […] io rifiuto di obbedire a una legge ingiusta, non nego affatto alla maggioranza il diritto di comandare: soltanto mi appello non più alla sovranità del popolo, *ma a quella del genere umano*» (corsivi miei). Già B. Constant [1815, trad. it. 1970, p. 60] aveva avvertito che «la sovranità del popolo non è illimitata; essa è circoscritta entro i confini che ad essa tracciano la giustizia e i diritti degli individui. La volontà di tutto un popolo non può rendere giusto ciò che è ingiusto».

[22] E. Bettinelli [2006, pp. 21 ss.].

[23] E. Bettinelli [2003, pp. 33 ss.].

[24] Si vedano in proposito le considerazioni conclusive di M. Fioravanti [1999, pp. 161-162].

Commissione dei 75, laddove si dichiara di optare per «l'adozione del sistema parlamentare, da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad *evitare le degenerazioni del parlamentarismo*»[25]. Ciò che rileva nel ragionamento che sto proponendo è l'ultima parte dell'ammonimento. Il parlamentarismo può degenerare in vari modi; ma certamente la via più facile e pericolosa è quella di considerare come unico limite della democrazia il principio di maggioranza in quanto esclusivo fondamento della legalità. In effetti, negli assai più complessi sistemi politici e sociali dell'era presente è progressivamente emerso (soprattutto grazie alle Costituzioni del secondo dopoguerra) che le idee-ideali di libertà e di giustizia, presupposto e/o fine delle democrazie, così cari ai giuristi-filosofi che ho richiamato in questo intervento sono, per così dire, usciti da uno sfondo sia pure luminoso, per trasformarsi in *bisogni di convivenza e di dignità della persona*, imprescindibili e non comprimibili da parte del potere politico in tutte le sue espressioni. Cosicché la (necessità di) *convivenza* è diventata un limite da difendere dalla competizione nelle sue varie forme (anche nell'ambito del mercato…). In un tale contesto, sempre più universale, la forma di stato liberaldemocratica risulta insufficiente e richiede l'acquisizione di un altro connotato: essa deve essere anche *adeguatamente garantita* da un insieme o, meglio, da *una rete* di soggetti diffusi sottratti alla tentazione delle logiche maggioritarie che possono alterare l'equilibrio tra poteri diversi fondamento del pluralismo politico e sociale e, dunque, della convivenza.

La salvaguardia dei valori costituzionali dei sistemi democratici è dunque affidata, più che a procedimenti complessi e/o aggravati, a istituzioni strutturalmente carenti di legittimazione popolare o consensuale immediata (potendo talora vantarne una originaria mediata). Non per questo tali poteri sono qualificabili come tendenzialmente *autocratici.* Sono, in verità, presidi di garanzia costituzionale, variamente previsti dalle stesse costituzioni democratiche[26] in aggiunta ai contrappesi. Essi sono tanto più forti

[25] Corsivi miei. In proposito: L. Elia [2009].

[26] Certamente il presidio fondamentale è rappresentato dalle corti costituzionali, non necessariamente poste in una situazione di (completa) autonomia e indipendenza rispetto al potere politico (legislativo). In questa prospettiva H. Kelsen [1931, trad. it. 1981, p. 257] si esprimeva in favore di un Tribunale costituzionale estraneo all'organizzazione giurisdizionale e collocato all'interno del potere legislativo (in quanto gli effetti delle sue pronunce sarebbero tipiche di un *legislatore negativo*), seppure con la garanzia dell'inamovibilità dei giudici. Questa impostazione era del tutto coerente con la concezione della democrazia del giurista praghese, in quanto, a suo avviso [1928, trad. it. 1981, pp. 201-202]: «se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza, ma nel continuo compromesso tra le parti che la maggioranza e la minoranza rappresentano nel parlamento», compito precipuo della giustizia costituzionale è quello di assicurare l'idea della «pace sociale». Come è noto, ancora più riduttiva, la concezione di C. Schmitt [1931, trad. it. 1981, pp. 198 ss.] il quale

ed efficaci in quanto siano *autosufficienti,* estranei e non solo esterni al potere politico rappresentativo[27].

Estraneità, peraltro, non significa *neutralità.* L'autosufficienza (soprattutto con riguardo alla *qualità* delle persone e alla loro adesione a una cultura e sapienza autonome in quanto impersonano o compongono gli organi di garanzia e alla loro *omogeneità* strutturale) è un obiettivo *in progress*; non è, in effetti, egualmente realizzata per tutti gli organi (o figure soggettive) che possono essere ricompresi nel novero delle garanzie costituzionali[28]. Né, secondo la mia opinione, i presidi-poteri di garanzia operano e devono operare come *turres eburneae*, secondo quella visione notarile che ha avuto fortuna soprattutto nella prima dottrina post-costituente[29]. Le fun-

---

riteneva che la funzione *esclusiva* di custode della Costituzione dovesse essere affidata al capo dello stato, in quanto «potere neutro» (in ragione della sua legittimazione non democratica), titolare di poteri di freno, come già aveva sostenuto B. Constant [1815].

[27] Superando, in tal modo, sia l'idea della concentrazione in un unico organismo della funzione di garanzia costituzionale, sia il contrasto Kelsen-Schmitt sull'istituzione più idonea ad esercitarla. La *rete* di garanzie costituzionali desumibile dalla Costituzione italiana deve essere considerata in una prospettiva oggettivamente e soggettivamente cooperativa e si articola in organi chiamati ad esercitare *funzioni di chiusura* e organi che si possono definire *di prima e diffusa protezione*. Nella prima categoria rientrano figure apicali come la Corte Costituzionale e il Presidente della Repubblica; nella seconda categoria si possono riconoscere altri organismi ai quali sono affidati procedimenti *oggettivamente* di controllo costituzionale, riconducibili alla difesa di valori, principi, metodi affermati dalla Costituzione. Non a caso questi organismi sono stati riconosciuti nella giurisprudenza "aperta" della Corte costituzionale (in sede di giudizio sui conflitti di attribuzione) *poteri dello Stato*: dal Consiglio Superiore della Magistratura, alla Corte dei Conti in sede di controllo, all'Ufficio centrale per il referendum fino alla Commissione bicamerale per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi (forse, in seguito a più puntuali discipline legislative, anche le autorità amministrative indipendenti – i c.d. "garanti" – potrebbero assumere una tale posizione).

[28] L'"autosufficienza" degli organi di garanzia si misura, infatti, in rapporto alla rispettiva indipendenza-autonomia dal potere politico anche dal punto di vista della vocazione e *background* culturale dei loro componenti (per il rigore dei requisiti richiesti, compresa l'età). Rilevano inoltre l'origine (modalità di elezione o di nomina), l'organizzazione (struttura monocratica o collegiale e, in questa ipotesi, il grado di coesione e omogeneità del collegio), la fisionomia (come percepita dall'opinione pubblica) di ciascun organo. L'autosufficienza è pertanto di *varia intensità*: massima negli organi costituzionali di chiusura, minore in altri soggetti-poteri a struttura collegiale (anche a causa di discipline non sufficientemente coerenti: è il caso del Consiglio Superiore della Magistratura). L'attività di controllo dei poteri di garanzia può produrre effetti (comunque comminatori) diversamente incidenti: di natura *conclusiva* (l'annullamento di un atto costituzionalmente non conforme) o anche semplicemente *dichiarativa* (la censura di un'attività o di un atteggiamento quando determinino indebite interferenze nella sfera di competenze che la Costituzione *riserva* a ciascun potere).

[29] Il discusso ruolo del Presidente della Repubblica è un esempio di questa concezione. In quanto "potere neutro" (formula ancora ricorrente) egli dovrebbe rappresentare un organo *sapientemente silente*, capace di praticare la prudenza, al di fuori o al di sopra del sistema politico; che non distribuisce "giudizi", ma è prodigo di "moniti", manifestati in modo che ottengano un consenso (quanto meno formale) pressoché unanime. Insomma, piuttosto che controllore, il Presidente (un ex della competizione

zioni di controllo loro assegnate dalla Costituzione e dai medesimi presidi ragionevolmente reinterpretate in senso evolutivo [30] per far fronte efficacemente ai pericoli che incombono sui valori della democrazia (messi a repentaglio dalle deviazioni del potere politico), si manifestano soprattutto attraverso interventi di arresto: dinieghi (di dar corso o perfezionare procedimenti illegittimi), annullamenti di atti e sanzioni contro comportamenti abnormi [31].

Una simile variegata attività, se efficace, genera discussione pubblica (ed anche contestazioni), partecipazione magari in forme nuove rispetto agli anni '70 del secolo scorso; e, quindi, può incidere sullo sviluppo del sistema politico e potenzialmente rigenerare la democrazia. Per questo aspetto non affatto irrilevante i poteri di garanzia non possono dunque apparire autocratici. Né ritengo adeguata la denominazione tuttora loro frequentemente e pigramente attribuita di "custodi" della Costituzione e, in ultima analisi, della democrazia.

Quis custodiet custodes?

I custodi appartengono inesorabilmente al genere umano (non sono né semidei, né eroi come immaginava lo stoicismo) e certamente possono sbagliare o non essere all'altezza del ruolo loro assegnato con conseguenze anche fatali per la democrazia e i suoi valori. Ancora una volta un tale interrogativo può essere consegnato solo alla storia.

Come ho già osservato in un mio scritto che riprende la questione [32], davanti al dilemma di Giovenale si può solo concludere, serenamente disarmati, ricordando un altro brocardo che risale addirittura a Platone: *nempe ridiculum esset, custode indigere custodem*.

---

politica che diviene *super partes*…, ma che deve far dimenticare gli eventuali suoi precedenti politici) dovrebbe operare come "grande e saggio persuasore" che sa tessere le sua fila anche sotto traccia allo scopo di perseguire obiettivi di coesione nazionale, più che costituzionale. In una simile dimensione i poteri di arresto-diniego definitivo degli atti-attività incostituzionali prodotti dal potere politico, *propri* del Capo dello Stato, non sono stati per lungo tempo valorizzati; anzi sono stati addirittura misconosciuti: [Bettinelli, 2012, *passim*].

[30] Assai indicativo, in questa direzione, l'esempio del Consiglio Superiore della Magistratura che, in virtù dei suoi poteri di autonormazione interna, nel 2009 ha introdotto nel proprio regolamento (articolo 21-*bis*) l'istituto, alquanto controverso, della "pratica a tutela" (in precedenza esercitato in via di prassi) per far fronte a specifici *«comportamenti lesivi del prestigio e dell'indipendente esercizio della giurisdizione, tali da determinare un turbamento al regolare svolgimento o alla credibilità della funzione giudiziaria»*, normalmente provenienti dal potere politico. Si tratta, a mio avviso, di un controllo costituzionale, anche se si esaurisce in un atto (approvato dal *plenum* del CSM) di valore meramente dichiarativo. In proposito: S. Panizza [2010, par. 4 e 4-1].

[31] E. Bettinelli [2012].

[32] E. Bettinelli [2012, p. 38].

Riferimenti bibliografici

AA.VV. [1976], *Dal centrosinistra all'alternativa*. Milano, Feltrinelli.
Achilli, Michele - Dambrosio, Francesco (eds.) [1976], *L'alternativa socialista*. Milano, Mazzotta.
Bettinelli, Ernesto [2003], *Una lezione da non dimenticare: garanzie costituzionali e "Poteri pericolosi"*. In B. Pezzini (ed.), *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale*. Milano, Giuffrè, pp. 33-45.
Bettinelli, Ernesto [2006], *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*. Milano, BUR.
Bettinelli, Ernesto [2012], *Il ruolo di garanzia effettiva del Presidente della Repubblica (in un sistema politico che deraglia ...)*. In "Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari", n. 21, Torino, Giappichelli, pp. 21-38.
Bettinelli, Ernesto - Renzi, Emilio (eds.) [1976], *Alternativa ed elementi di socialismo nelle comunità locali*. Milano, Feltrinelli.
Basso, Lelio [1958], *Il principe senza scettro: democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*. Milano, Feltrinelli.
Bobbio, Norberto [1976], *Intervento*. In *Democrazia e socialismo*, sezione monografica di "Prospettive interdisciplinari", 1 (1976), n. 2/3, *passim*.
Bobbio, Norberto [1984], *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*. Torino, Einaudi.
Constant, Benjamin [1815], *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatif;* trad. it. a cura di U. Cerroni *Principi di politica.* Roma, Editori Riuniti, 1970.
Elia, Leopoldo [2009], *La "stabilizzazione" del Governo dalla Costituzione ad oggi*. In AA.VV., *La Costituzione ieri e oggi*. Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 99-104.
Fioravanti, Maurizio [1999], *Costituzione.* Bologna, il Mulino.
Frosini, Tommaso [1997], *Sovranità popolare e costituzionalismo*. Milano, Giuffrè.
Galeotti, Serio [1950], *La garanzia costituzionale*. Milano, Giuffrè.
Gavazzi, Giacomo [1981], *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia e altri saggi*. Bologna, il Mulino, pp. 7-31.
Kelsen, Hans [1924], *Das Problem des Parlamentarismus*; trad. it. di B. Flury *Il problema del parlamentarismo*. In H. Kelsen, *La democrazia*. Bologna, il Mulino, 1981, pp. 147-180.
Kelsen, Hans [1928], *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*. In "Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger", 35 (1928), pp. 197-259; trad. it. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*. In H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*. A cura di C. Geraci. Milano, Giuffrè, 1981, pp. 143-214.
Kelsen, Hans [1929], *Vom Wesen und Wert der Demokratie*; trad. it. di G. Melloni *Essenza e valore della democrazia*. In H. Kelsen, *La democrazia*. Bologna, il Mulino, 1981, pp. 35-144.
Kelsen, Hans [1931], *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein*? trad. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?* In H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*. A cura di C. Geraci. Milano, Giuffrè, 1981, pp. 229-291.
Panizza, Saulle [2010], *L'evoluzione dell'ordinamento italiano in tema di esercizio indipendente delle funzioni giudiziarie e il ruolo del Consiglio superiore della magistratura*. In "Diritto pubblico comparato ed europeo", (2010), n. 4, pp. 1702-1723.

Schmitt, Carl [1931], *Der Hüter der Verfassung;* trad. it. di A. Caracciolo, *Il custode della Costituzione*. Milano, Giuffrè, 1981.
Sorrentino, Federico [1967], *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*. In "Rivista trimestrale di diritto pubblico", (1967), p. 670-772.
Taruffo, Michele [1976], *Intervento*. In *Democrazia e socialismo*, sezione monografica di "Prospettive interdisciplinari", 1 (1976), n. 2/3, pp. 22-25.
Tocqueville (de), Alexis [1835-1840], *De la démocratie en Amérique*; trad. it. di G. Candeloro *La democrazia in America.* Milano, BUR, 2004.